

東洋大学学術情報リポジトリ Toyo University Repository for Academic Resources

不正競争法序説-2-

著者	山崎 晴一
雑誌名	東洋法学
巻	3
号	2
ページ	27-70
発行年	1959-12
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00007781/

不正競争法序説（二）

山崎 晴 一

目 次

第一章 総 説

第一節 総 説

- 一 營業自由と不正競争
- 二 フランス・ドイツ及び我が国の概要
- 三 イギリス及びアメリカの概要

第二節 不正競争法の組成

- 一 不法行為主義と特別立法主義
- 二 不法行為主義
- 三 特別立法主義

以上二卷二号

第二章 不正競争法の沿革

不正競争法序説

第一節 營業自由の沿革

- 一 封建制經濟―農村―
- 二 封建制經濟―都市―
- 三 絶對王制と市民階級の勃興―一般的營業自由の確立―
- 四 アメリカ

第二節 不法行為責任の沿革

- 一 古代
 - 二 中世―結果責任主義―
 - 三 中世―結果責任の緩和―
 - 四 近世―過失責任主義―
 - 五 近世―過失責任主義の修正―
- 第三節 不正競争法の發展

- 一 ギルド經濟の時代
- 二 近代的不正競争法の發展
- 三 アメリカ

第二章 不正競争法の沿革

第一節 営業自由の沿革

近代的な不正競争禁圧の法理は営業上の自由競争とともに発生し、競争の激化にともなうて発展してきたわけであるが、近代英米法は「営業上の自由競争に対して常に好意的である。それは明に営業の生命であり、……あらゆる競争者が、あらゆる方法を用いて自由に利益を得ることができるといふことは公益に含まれるもの」と考えている⁽¹⁾。営業競争による損害が敗北者にとっていかに壊滅的なものであっても、競争に敗れた相手方の蒙る損害に比較して公衆が受ける利益が大きいと考えるから、営業競争自体は適法であるとされるのである⁽²⁾。

ところが、この近代的な営業自由の体制が確立されるに至るまでにはイギリスにおいても、他の西欧諸国と同様、封建領主による営業束縛の時代からギルド経済及び絶対王制の過程を経て、新に発生したブルジョアジーによって今日の営業自由が確立されるという道程をたどった。以下にその概略の沿革を述べる。

- (1) W. L. Prosser, *Law of Torts* (1955) (以下 Prosser と引用する) p. 750; Pollock, *Law of Torts* (1951) (以下 Pollock と引用する) p. 105. Bruce Wyman, *Competition and the Law*, 15 *Harv. L. R.* (1902) p. 427; F. D. Jones, *Historical Development of the Law of Business Competition*, 35 *Yale L. J.* (1926) p. 905; 36 *ibid.* (1927) p. 42.

- (2) Winfield, *Law of Tort* (1954) (以下 Winfield と引用する) p. 733. 営業制限の特約は原則として公益に反し無効であるとする。営業制限の法理もまた自由競争を保護し育成する政策のあらわれである。田中和夫「英米法

に於ける取引制限の法理」季刊法律學三號（昭和二三年）、大隅健一郎「英米コモン・ローにおける独占及び取引制限」法學論叢五三卷五・六合併號、五四卷一・二合併號（昭和二二年）、拙稿「アメリカのコモン・ローにおける營業秘密」本誌前號。

一 封建制經濟——農村——イギリスが本格的に封建体制をとり入れたのは、一〇六六年のノルマン征服（Norman Conquest）による（3）。征服王ウィリアムは大きな抵抗をうけることもなくアングロ・サクソン民族を征服した後、被征服民族から土地を没收しイギリス全土を整頓した（4）。

そして自らは一四二二の諸侯の土地——マナー（Manor）——を領有し、その他をノルマンの部下に戦功の報賞として与えた。その結果イギリス人は隸民の地位に没落したのである。こうして形成されたマナー制度は中世封建制度の基礎をなした。それは財政上の目的および徴税のための単位であるばかりでなく、農業組織のための単位であった。マナーの經濟は支配者たる領主（5）に掌握された。被支配者も多くの階級に別れてはいたが、所詮は「領主の土地」（6）に緊縛され、身分的にも領主に隸属した農奴（villen）がその大部分を占め、ここでは農業を中心とする実物經濟が行われていたのである。水車紡ひき場・パン焼場・葡萄酒醸造場などはすべて領主の独占的支配に属し、領民はこれを使用するために多額の使用料を支払わなければならなかった。このように各マナーは領主の支配の下に独立的な封鎖的な自給自足の經濟を営んでいたのである（8）。

一方マナーにも若干の手工業者がいたことを忘れてはならない。彼等は大工・皮革工・靴工・左官・紡織工・武器工・鍛冶工などであって、封鎖的アウタルキーのマナーの中にあってはやく異質的性格をもっていたのであり、やが

てこれらの手工業の発展が封建制度崩壊の一要因となったわけであるが、当時はまだ領主あるいは領民の求めに応じて労働する顧客生産的範囲をでるものではなく、領主の支配する自給自足経済の一環をなしているに過ぎなかった。

- (3) もちろん、ノルマン征服以前イギリスに前封建的 (pre-feudal) というべき制度が存在したが、その急速な樹立はノルマン征服の結果としてなされたものである。(H. O. Meredith, *Outlines of the Economic History of England*, p. 24)。

- (4) ノルマン征服につき、アンドレ・モーロー (Andre Maurois) 「英国史」水野成夫・小林 正訳 上巻九四頁以下。

- (5) 領主 (lord) は騎士 (knight) であることも郷土 (esquire) であることもあったが、その大多数は貴族、僧正 (bishop) や僧院長 (abbot) などの宗職者 (ecclesiastical official) 及び王であった。

- (6) アンドレ・モーロー (水野・小林) 前掲 一二五頁。

- (7) メレデイスは一〇八六年の土地調査等によって、当時の各階級構成につき次の数字をあげている (Meredith, *op. cit.* p. 11)。

sokeman, free tenants	35,000
villei (virgater)	108,000
bordarii, (cottarii, cotters)	88,000
slaves	26,000
lords	9,300
Total	266,300

これによれば、viragater と cotter を加えた農奴階級は約七割五分をしめしている。

アンドレ・モーローはイギリスの中世農奴につき次のように述べている。

「農奴は土地にくっついていてた。不満があつても他処へ飛び出して行くことが出来ない。彼は地所とともに売られる。

不正競争法序説

ある修道院長は何の躊躇もなしに一人宛二十シリングで買ったり売ったりした。ある富裕な寡婦は農奴を贈りものにした。……農奴は領主の承認なしに娘を結婚させることができない、そして領主はその承認の代金を取り立てる。

農奴が死ぬと領主は死亡税^{デアス・タックス}として死者の残した最上の家畜一頭あるいは一番気のきいた物品を要求する権利がある。

……農奴は領主直属の農場で一週間に二日か三日労働し、その上、羊洗ひ、羊の剪毛、胡桃拾ひ、乾草作りなどのために数日間余分に駆りだされる。

かれは小量の年具を現物で納める。即ち復活祭に鶏卵十二個。蜂蜜一。年に数羽の若鶏。薪一荷などである。

ほかに領主は年に一回、これらの農奴から一定せぬ額の人頭税（タレジと呼ばれた）を徴収することが出来た。……「アンドレ・モローア（水野・小林）前掲一二頁。

(8) 「マナーは森か原野で相互に分離され、小径によつて僅か隣りのマナーとつながつてゐたが、この小径も冬は通れないものであつた。」同前、前掲一二九頁。

中世農業の封鎖性につき、増田 前掲 九六頁。

大体十二・三世紀を転期として、実物経済的現象が貨幣の媒介による流通交易を前提とした経済現象に移行し、貨幣経済が一般的に浸透しはじめた。これとともに市民階級の自覚がたかまり、徐々に近世へ向つて封建制度は崩壊の道をたどり始めるのである。すなわち、中世都市の勃興、貨幣経済の普及は領主の市場への依存をたかめ、貨幣欲をそゝり、賦役の金納化（comutation）や「自由」の押売りが行われた（9）。この与えられた自由はやがて農民の自覚をうながし、十四世紀におこった百年戦争、そのほか相続く中世の幾多の戦乱、および同世紀中葉に全ヨーロッパを襲った黒死病（black death）の大流行によつて労働人口が激減したときに、領主が再び賦役の強制を復活せしめようとするや、農民大衆は結束して領主に反抗する暴動をひき起したのである（10）。しかしこの一揆も結局は失敗し広

範に賦役制が復活したが、やがて十五世紀に至り領主が主として富める一部の独立自営農民に土地を貸付けする現象が起り (11)、農民層はヨーマン (yeoman) に変じ、十六世紀の末期には土地所有と農業労働の關係は、ほど地主・農業小作人農業労働者の結合關係に移り、十七世紀の市民革命の基盤を形成していったのである。

(9) 領主は「天賦の自由のため」とか、「靈魂の平和のために」などの表現を用い富める農民に「自由」を売ったのである。

(10) Peasant Revolt は一三八一年 Wat Tyler や John Ball などの統率のもとに起った農民一揆である。

なお、この傾向は全欧州のであり、ドイツの有名な農民戦争 (一五二五)、フランスのジャックリーの暴動 (一三五八) があり、その他ロシア、ハンガリーにおいても農民の一大蜂起が行われた。

(11) この企業家の小作農民をテナント・ファーマー (tenant farmer) と呼ぶ。

二 封建制經濟—都市— 右に述べたところは、農業を中心とした封建制經濟についてであり、封建領主の支配下にあったマナーのうちには、いうまでもなく近代的營業競争の兆すも見出すことはできないが、他方において、都市經濟の發展過程は自ら別の方向をたどった。

マナーの需要を満すための手工業者は、農業から分離した異質的存在であったが、領内の人口増加とともに次第に發展し、各種の手工業に分化した。その結果手工業生産が増加し、領主の手もとには剰余生産物が集積し、その生産物の交換を促すことになった。そのため、封建的經濟を営んでいたマナーに、外部との接觸によって新たな刺激が加わり、手工業手段が高度化し、これにつれて生産物も増大し、貨幣經濟の一般化と相まって商品流通は益々増加した。商品交換の当初は行商の形態をとっていたが、それが移動的臨時的市場 (fair) の制度に進み、やがて定期的市場

(market) を開設して商品交易が活潑に行われるようになった。王の特許状によってのみ開設され物品交易の場となつたこれらの市場⁽¹²⁾は、立地条件の制約をうけて集約的に特定の地域に定められた。それは古いキヴィタスの城壁の内部であることもその近接地であることもあったが、そこに市場が固定するとともに、手工業者や商人が住居や店舗を構えた。

ヴィク (wick) と呼ばれるこれらの集団地域は、封建領主に寄生して存在する旧来の都市的集落ではなく、比較的自由独立な新しい商人によって形成されてゆくギルド⁽¹³⁾を中心とした特殊地区であつた。ヴィクに対する封建領主の圧迫が、ヴィクの経済力の伸長につれてたかまると、これに対する市民の団結が商人ギルドの主導権の下に行われ、その圧政を脱したコンミューン (commune) と称される中世都市の形態が整えられたわけである。それは集団自体としては封建国家の法制のうちにありながらも、その内部は市民法的秩序の想定する自由民によって構成された社会であつた。

クラフト・ギルドの発生は商人ギルドよりはやくおくれた。殊にそれが都市の政治面で実力をもつに至つたのは十四世紀の後半になってからである。ともあれ、十二、三世紀から十五世紀に至る都市経済はギルドに支えられ、海外に市場を求め多彩な姿で開放的な発展を遂げる一方では、都市を単位とした都市中心的な封鎖経済に向つて内攻しようとする傾向がみられる。すなわち、中世世界においては国家は未だ経済政策の主要な担い手としては登場せず、外国都市間の交通は近世におけるより以上に自由であつた。この頃の国際的商業の中心は南欧にあっては、イタリアや諸都市に主導権を握られた地中海沿岸の商業地域であり、ドイツ・ハンザの同盟 (Hanseatic League — リューベック

を中心としハンブルグ、ブレーメンなど凡そ九十から百の諸都市の結合からなっていた。）が北欧の国際的商業圏を掌握していた。強力なハンザ同盟はそれ自体が一つの国家であって、その保有する商船隊は、自らの軍艦によって海賊から護られ事実上北欧貿易を独占していた⁽¹⁴⁾。彼等はロンドンにステイル・ヤード (stealyard) と呼ばれる商館をもち、代々の国王から特許を得てイギリス貿易を支配していた。十五世紀から十六世紀にかけてイギリス商人が勃興し始めるまで、イギリスの外国貿易はこうしてドイツ商人やベネツィア商人に支配されていたが、彼等も自ら小売商を営むことはできず、輸入商品はイギリスの商人の手を経て市場に表れ、イギリスの羊毛などはイギリスの商人の手から外国商人の手に渡って海外へ輸出された⁽¹⁵⁾。

しかし、この開放的な国際商業性の根底にあるものは、市民団体に基礎をおく同職的な団結意識であり、個人の利益よりもギルドあるいは都市の利益が優先したのであった。このことは、商工業によって支えられる都市をして農耕社会と区分し、農耕社会を都市に対する食料供給、あるいは生産品の市場として都市のヒンターランドの地位に釘づけし、都市及びその周辺農村を包む封鎖的経済地域のうちにアウタルキーを維持せんとする方向に向わしめる。そして、その意義は当然ギルドやクラフト・ギルドに反映し、十四世紀以降になると、これが独占や特権を護るための厳格な規約を作って柔軟性を失い、典型的な同職組合として凝固していった。手工業者は都市勃興の当初においては微々たる力をもっていたのみであったが、十四世紀以降になるとこれらの同業組合であるクラフト・ギルドは漸次勢力を増し、商人を排して市政に参画するまでに至った⁽¹⁶⁾。そして本来自由な手工業者の組合として形づくられたクラフト・ギルドが、内部的な不平等―親方・職人、徒弟制度の身分的連関の定型化のため、大ギルド (親方ギルド) 及

小ギルド（職人ギルド）に分裂して抗争をする兆もあらわれた。

このように、本質的に独占的・制限的・拘束的性格を有したギルドあるいはクラフト・ギルドは、商業や工業が高度になれば当然自由な経済社会にとっては邪魔ものとなったのであり、一方ギルド内部の対立抗争が高まり、新大陸・新航路の発見がこれに拍車をかけ、ギルド制度は崩壊の過程をたどった、そしてこゝに、より大きい経済政策の担い手である政治権力―近代国家が抬頭してくるのである。この変革は都市の独立性の強かったドイツなどと異り、イギリスでは比較的早く行われた（17）。

以上にたどった通り、中世の都市経済は外国貿易にも影響されてかなり活潑な営業活動をみせるが、未だそこには市民社会全体に通ずる、いわゆる近代的な営業自由の体制をよみとることはできない。ようやく十六世紀から十七世紀に至り、ギルドが崩壊し、企業規模が拡大し、資本主義体制の萌芽が表れはじめるのである。

(12) Jones, op. cit. p. 906.

(13) 「そのギルドの性格は共同宴飲・共同祭祀・相互扶助等、いわゆる古ギルド的なものと、同職仲間たる後世のギルドとの中間形態をとるものであったこと等が推定される。」増田 前掲 一一〇頁。

(14) レオ・ヒューバーマン（小林良正・雪山慶正訳）「資本主義経済の歩み」（上） 五〇頁。

(15) 当時の海外貿易の対象となった商品は、毛皮・蠟・蜂蜜・鯡・干鰯・塩・羊毛・木材・穀物（北欧）・香料・胡椒・貴金属・宝石・象牙・砂糖・絹・絹織物・棉花・薬品（東洋ビザンツ）・葡萄酒・羊毛・毛織物・麻織物・武器・金属製品（西欧）などであった。

なおアンドレ・モローア 前掲 一九八頁参照。

(16) エドワード三世のとき（一三六三年）制定法をもって、クラフト・ギルドへの加入を強制した（Jones, op. cit. p. 9

25)。

(17) 増田 前掲 一一九頁。

三 絶対王制と市民階級の勃興——一般的營業自由の確立——百年戦争(一三三九—一四五三)をきっかけとして、イギリス王室が商人の活動を保護し規制した。封建領主との闘争のために国王と結んだ都市の商工業者は、国王に財政的な支援を与えた。それは都市のブルジョアジーが封建領主から自己を守る為に必要であり、国王にとっては自分の軍隊を養生し強大な封建領主に対抗する財政的な裏付けを得るために好都合なことであった。したがって国王はこれらブルジョアジーに対しての保護政策をとり⁽¹⁸⁾、そのはねかえりとして自分の権力を培い、やがては彼等を統制し支配する⁽¹⁹⁾ことによって、中世の經濟政策の担い手であった都市に代って、より強力な經濟体制を築き上げる主体となったのである⁽²⁰⁾。エリザベス女王の時に、当時完全な制海権を把握して世界貿易を誇っていたスペインの無敵艦隊を撃滅(一五八八)して以来、イギリスの海外發展は目覚ましいものがあつた。封建貴族と新興ブルジョアジーの断層に超階級的存在として生じた絶対王政は、こうして重商主義的政策を強化しほゞ十八世紀中葉に至るまでその過渡的存在を続けるのである。

(18) たとえば羊毛商人の同職ギルド(一都市内のそれでなく多数都市を横に連繫したギルド)は国王の保護をうけて全国的な組織に發展し、彼等はステーパー(Stapler)として統制された。

(19) 一四三六のイングラント王国の条令の一つのなかに、私たちは次の文句をよむ。「ギルドや友愛組合(fratrney)やその他の組合団体(company in corporate)の組合長(master)と幹事(warden)と組合員(people)が……多くの不法

かつ不合理な命令を発するが……これを承認したり、処罰したり、修正したりすることはすべてたゞ國王のみにかゝることだ。……同國王は聖俗の領主の忠告と同意により、さらに上述の庶民たちの願いにもとづいて、同じ議会の權威によつて次のことを命ずる。すなわち、右に述べたすべてのギルドや友愛組合やその他の組合団体の組合長と幹事と組合員は、……すべての特許状と憲章とを治安判事の前に提出して登録してもらわねばならない。……さらに國王は上述の權威にもとづいて次のことを命令しかつ防衛する。すなわち、これらの組合長と幹事と組合員は、今後まず治安判事によつて論議され、それぞれがよいものであり合理的なものであると認められないかぎり、命令を発したり、これを利用したりすることはできない。」(レオ・ヒューバーマン(小林・雪山)前掲 上 一〇八頁(引用は、*The Statutes of the Realm from Original Records and Authentic Manuscripts*, vol. II, pp. 296-299 London 1816.))。

(20) イギリス商人殊に冒險商人(merchant adventurers)が勃興しハンザ同盟の外国商人をロンドンのステイールヤードから放逐したときもこの間の事情を物語る。

一方農村においては、十五世紀中葉以降漸次近代化の道をたどった。イギリスにおいては大陸におけると異り、コミュニティンは、従来賦役労働によつて運営されていた領主の直營地の短期貸与と並行した。やがて領主の土地貸与は金納地代による定期借地(lease hold)に移り、こゝに自由な独立自営農民が成立してくる。これらヨーマンリーは十五世紀から十七世紀にかけて、第一次第二次のエンクロージャ(enclosure)によつて、一方は、没落した小農民層―賃金労働者としての農業プロレタリアートに転化し、他方は、農業ブルジョア階たる富裕な資本家階層に分化した。かくて、この農民層の分化は封建的土地所有關係を解体して近代的資本制關係の確立に志向する(21)。これと並行し農村において工業の近代化が推進された。すなわち、都市におけるギルドの制約を脱した市民(22)及びヨーマンリーの一部は、中世的制約をうけない新しい型の工業を農村に導入し、急速にこれを發展せしめた。いわゆる

マニユファクチュアー (manufacture) がこれである。最初は單純協業から出發したマニユファクチュアーに分業が加わり、部分的労働に労働者が束縛されることから賃金労働者の資本への隷屬が生じ、この資本―商業資本は高度化して産業資本に転化してゆく。この間にあつて僧職者・貴族など保守的な階級が入り混り対立が激化し、こゝに發生するのが個人の自由特に經濟的な自由を標榜した清教徒革命 (Puritan Revolution) である。この革命の波がやがて王政復古 (Restoration 一六六〇年) 名譽革命 (Honourable Revolution 一六八八) を經て、近代的市民社会の形成に邁進したのである。こうして絶対主義は存立の基盤を失つてゆらぎ、政治・法制・經濟・文化などあらゆる部門で支配を確立していったのが新興ブルジョアジーである。彼等の主体的支柱は自由主義であり、客体的なそれは資本制經濟であつた。そしてその繁栄は、産業革命によつて急速に増進し、イギリス百五十年の世界制覇を不動にしたのである。

かようにして、近代的個人營業の自由が確立されるに至つたわけであるが、その萌芽は法廷では既に、ギルドが定型化し崩壊に向つて進み始める十五世紀の初頭にあらわれた。Case of Gloster Grammer School (23) がそれで、事案は、原告がグロスタの町で学校を經營していたところ、被告が同じような学校を設立して經營をはじめたため、原告は毎月四〇ペンスの授業料を一二ペンスまで値下げしなければならなくなり、ために受けた損害の賠償を請求したものである。裁判所は「原告と同様に有能な者が、児童を教育することは美徳且つ慈善的行為であり、人々にとつても又便宜なことである。これを法によつて罰することはできない」として、原告の請求を認めなかつた。

その後エリザベス女王からジェームス一世の時代に王の独占権をめぐつて国会との間にやりとりが行われ、コモ

ン・ロー上営業自由の体制は逐次その形態を整えていった。Case of Monopolies として知られる事件 (24) において、裁判所が女王の独占権を排し独占はコモン・ロー上無効であると判示し、(一)総ての営業は女王の臣民に職を与え失業を避ける為に存在する。故にかゝる営業に独占権を与えて統制する事は臣民の自由と福祉に反する。(二)かゝる独占は独占に依り被害を受ける業者のみならず、一般民衆にとつても有害である。その不可分の要素は、(イ)物価の上昇(ロ)品質の下落及び(ハ)独占により被害を受ける業者の貧困等である。と述べたのもこの頃である。一六一〇年ジェームス一世が「恩賜書」(Book of Bounty)を公布し、幾つかの事例を列挙して、之に關しては朕を動かす如き訴訟を許さぬと規定したのに対し、裁判所は三年後大胆にも、コモン・ローは怠惰を嫌惡するが故に「人が合法的な營業に従事する事を禁止する総ての独占を嫌らうものである」と宣言した(25)。

こうして (26)、一六二四年には特權賦与法 (Statute of Monopolies) が制定され、つづいて一六四〇年チャールス一世の長期国会で多くの独占権を排除し、法制的にも徐々に營業自由が確立していったのである。

各国に先驅けて遂行されたイギリスの産業革命 (Industrial Revolution) は新興ブルジョアジの支配を決定づけ、資本制經濟の基礎を確固たらしめたのである。新機械の發明、新しい原理の応用、採炭方法の進歩による石炭産出の増加、水運・陸運の發達、重商主義に支えられた外国貿易の増大による蓄積資本などが相まって、新興産業はまづ木綿工業に發し、当時既に資本制生産に適する階層的分裂を進めていた農村を中心として拡大していった。こうして前貸問屋制 (putting-out system) とマニファクトリアから工場制 (factory system) に發展した生産体制は、いやが上にも營業上の競争を激化せしめたのである。レセ・フェールは彼等のモットーであった。この競争は企業規

模の拡大を招来し、株式会社の形態を整えたそれらの大企業は経営を一手に納めることによって独占資本を築き上げてゆくのである。

- (21) 高橋 前掲 一一五頁以下。
- (22) Jones, op. cit. p. 929.
- (23) (1410) Y. B. Hil. II Hen. IV f. 47, pl. 21.
- (24) (1602) II Coke, 84 B. 事案は、エリザベス女王の時、エドワード・ダーシ卿が、それまでロンドン洋品雜貨商が製造していたトランプの独占的製造の特許権を与えられたにつき、自分の独占権を主張したものであり、独占に関するリーディング・ケースとされる。
- (25) Ipswich Taylors Case (1614) II Coke, 53a.
- (26) 一五七七年には国会に独占権に対する反対案が上提された。一六〇一年更に「独占権と普通呼称せられる特許権に関するコモン・ロー上の解明」なる法案が上提され、同年十一月、止むを得ず女王は最も不評判な特許を廃止し、且つ他の独占権の適法性の審査に関する法廷の権限を認めた。(Cunningham, Growth of English Industry and Commerce, (1910) p. 228)。

四 アメリカ 前述したところで、イギリスにおける一般的営業自由の体制が確立された跡をたどったのであるが、アメリカはその歴史の端初を近世に発した。エンクロジュー運動によって階層的に分離されたイギリスの下層農民層は土地から遊離して賃金労働者に転じた。この労働力は都市に入っては工場の労働者の地位を占め、あるいは船員として航海につき、また他の者は年期契約奉公人(indentured servant)としてアメリカに向って出発した。アメリカ初期の移民(27)はともかくも権威に対して反抗し逃れてきたものであり、封建的諸規制の多くはこれを母国へ残して

きたのである。「要するにアメリカの農業は、そのそもその初から資本主義的農業として出発したのであった」(28)。
これは工業生産についてもいえることである。ギルドの封鎖的な繁鎖な羈束の下で下級職人は到底独立を望むことはできず、未開の地へ移住することを望んでいた。こうして、清教徒革命によって自由への道がひらかれんとする形成期にある母国を後に、一六〇七年から一六四〇年に至る間に五万から七万に及ぶイギリス人の移住が行われた。これらの多くは不自由労働者として移住したものであって、南部のプランテーション制度の確立を可能ならしめたのも彼等であった。この不自由労働者は、年期契約が満了すれば自営農民として独立することも、また小数のものは大地主になることもでき、その多くのものは職人や職工となった。その後も引続き移民が行われ、しばしば起った土地を巡る紛争を経て、植民地アメリカに土地の不平等な所有に基く階層社会が形成された。しかしアメリカの農業は、当初から資本主義的な要素をもって経営されたのであり、西欧の封建領主の支配下に自給自足的経済を営んでいた農業と同視することはできない。プランターによる実質的な寡頭支配が行われていた南部でも、農業は最初から商業的基礎にもとずいて営まれたのである(29)。

都市においても階層的な分裂が行われた。新しく小商人、職人、職工として都市に入ろうとしても旧来の店主・手工業者達の妨害に合い、成功することができなかった旧来の手工業者や商人は、ギルド体制を成立せしめようとし、十八世紀初頭にはフィラデルフィア、ニューボート・ボストンではそのための法律が市会を通過したこともあった。しかしアメリカには、これら中世的な諸規制が確立するための基盤は整えられてはいなかったのである。

新興ブルジョアジーと結んだイギリスの国王の重商主義政策が軌道にのりや、それは植民地に対して経済的隷属を

強制した。そのためとられた政策(30)、は、ことごとく植民地を経済的属領の地位におしとどめるものであった。この重圧がかさむに従い植民地の反感は高まり、急進派といわれる下層階級の結集によって支配が掌握され独立革命の烽火が上った。

自由と平等を標榜した革命が勝利に帰し、植民地的羈束を脱したアメリカの商業資本は大きな飛躍を開始した。多くの株式会社や商業銀行が設立されたのも一七八〇年代であった。営業競争が本格的に開幕されたのも、アメリカが独立によって経済的隷属を脱却してからであるといふ得るであらう。

十九世紀に入り、その中葉に起った商業恐慌を経て南北戦争が勃発し、こゝに北部産業資本の勝利がもたらされた。それは政治的代弁者たる共和党を通じ国を掌中に収め、膨大な資源と工業技術の進歩に支えられて急速に発展し、やがて企業集中によって自らの姿を漸次自由な資本主義の反対概念である独占の方向に変容せしめるのである。たとえば、一八八二年にスタンダード・トラストは全米石油産業の九十パーセントを支配したときがそれである。独占は産業資本と金融資本との結合によってより強化され、第一次世界大戦を経て国家資本主義の段階へ移行するのである。

(27) イギリス人の移住をもってアメリカの歴史の端初とみる。

(28) L・M・ハッカー(中屋・三浦)前掲 七頁。

なお、高木八尺「米國政治史の研究」二頁。

(29) L・M・ハッカー(中屋・三浦)前掲 一六二頁。

(30) その政策は第一に国家の力は国民経済をできるだけ他の国々から独立せしめるように用いること。第二にイギリス人は

その食料と製造品のすべてを生産する。第三はイギリス人は商船隊を支配しなければならない。第四には植民地は本国商品の余剰を吸収し不足を補うために利用することである。

第二節 不法行為責任の沿革

自由平等をモットーとする市民階級の勃興によって、営業競争が激しくなるにつれ、それにもなう弊害も増大し、不正競争に関する法規律も漸次的に発展してきた。コモン・ロー上この法的構成は、ある種の不法行為の拡張的把握によって形成されてきた。ところで、不法行為法自体も不断に発展してきたのであり、イギリスのコモン・ローの重要な部分を占める一つが不法行為法であることを思えば、不正競争法の理論的構成のあとづけをするために、さらにはその法理論の究明のために、こゝで不法行為法の発展過程をたどってみなければなるまい。しかし、右の目的のためにこゝでは極めて概括的な記述にとどめる。

一 古代 古く不法行為責任 (tortious liability) と刑事責任 (criminal liability) との境界は明確にされていないかった。不法行為責任に関する法も刑事責任に関する法もともに個人対個人または個人対部落あるいは部落対部落の間の復讐 (血讐 blood feud) を基底とする法であった⁽¹⁾。したがって、その重点は損害におかれていた。すなわち損害を生ぜしめた原因に対する直接反射的反撃が主体となっていた。その原因となったものが人であれ物であれ同様であった⁽²⁾。このように、被害者の損害を主体とするという点から、侵害に対する社会的な制裁たる刑法よりはむしろ、被害者の損害を救済するという不法行為法が先行したもので⁽³⁾、その責任は主として発生した結果に対するも

のであったと思われる。だからとて、全く行為者の主観が無視されたものとは考えられない(4)。人はその責任において行動するのであり、その結果生じた侵害に対しては総て責任を負うということが極めて厳格に行われていたのではなく、行為者の主観的要素が考慮されなければならないという思想が、潜在的には底を流れていたものと思う(5)。しかし、責任の根拠は発生した結果に主眼をおいて決められていたもので、行為者の内心は行為者の責任を決定するための大きな要素とされなかったのである。

(1) Holmes, Common Law p. 2.

Pollock and Maitland, History of English Law v. I p. 448.

(2) deodand (償罪物)にみられるように、人の死を惹き起した動産を没収して神に捧げることが行われた。無生物(たとえば雨・荷馬車など)に対する復讐的な反撃は、洋の東西を問わず原始社会においてみられる。イギリスでは一八二四年に、人を軋いた車のエンジンに対してこの法理が適用された例がある。(The Queen v. Eastern Counties Ry. (1842) 10 M. & W. 58.)

(3) Main, Ancient Law, p. 358.

(4) 伊藤正巳「過失の意味とその史的素描」(英米不法行為法における過失)法学協会雑誌 六七巻三号 七二頁(昭和二四年)。

(5) しかし、この点は論の幾多わかれるところである。

Holmes, op. cit. p. 3; Winfield, The Myth of Absolute Liability, 42 L. Q. R. (1926) p. 37, 38; Wigmore, Responsibility for Torts Acts, Its History, 7 Harv. L. R. (1894) p. 315, 383, 441. etc.

また責任成立の心理的要件が存在が素朴的に認められたとはいえず、果して過失責任が認められていたか否かは疑問である。ボロックとメイトランドもこの点を指摘して、そこには殆ど「近代の過失となった観念の萌芽すらもみいだすことが

じやない」と述べている (Pollock and Maitland, op. cit. v. 2 p. 527)。なお伊藤正巳 同前 七二頁以下。

二 中世——結果責任——十三世紀から十四世紀にかけて刑事責任と民事責任の分化が次第に明瞭になり、前者は、felony に、後者は trespass に代表されるようになった。前者では、刑事責任の根拠を国王の平和の侵害という点に求め、被害者の損害という結果に対してよりは、加害者の行為の性質に重心がおかれた。同じく民事責任の分野においても加害者の行為に対して視点が向けられるようになったのであるが、刑事責任の部門におけるほど行為者の倫理的要素に着眼されなかったのは、元来民事責任にあつては、その意図するところの本質は被害者の蒙つた損害の填補にあるのであつて、当然、行為の結果として生じた損害に対し、行為自体に対するより以上の重点がおかれたからにほかならない。trespass の訴は当時半刑事的性質 (semi-criminal) を具有していたもので、手続は刑事的性格をもつていて、王の平和の侵害が要件とされ、損害賠償が不可能な場合は有罪として役獄されたのである⁽⁶⁾。しかしその本質はやはり被害者の損害を賠償することにあつたのであり、故意過失の觀念は未だとり上げられるに至らなかった⁽⁷⁾。

イヤーブックにみられる事件⁽⁸⁾の中で、C. J. Brian は「人の意思は審理し得ない」と述べている通り、幼者や狂人もその行為の結果について責任を負わされた⁽⁹⁾。損害賠償は、復讐に代つて私人間の平和を維持するために登場したものであり⁽¹⁰⁾、純然たる事故による場合も人の行為が介在すればその人が⁽¹¹⁾、また正当防衛⁽¹²⁾によるときもその行為者が、よつて生じた損害を填補しなければならないものとされた。「民事法においては、すべて、行為者の

意図は相手方が受けた損害ほど考慮されない」(13)のであった。重要な判例として引用されるものに次の事件がある(14)。被告が原告の土地の隣地を所有していて、その土地の茨屏を刈っていたところ、その一部が被告の意に反して(*ipso invito*)原告の土地へ落ちたので、早速原告の土地へ入ってそれを拾い集めた。これが原告のいうトレスパスであると被告が主張したのに対し、フェアファックス判事は「人が木を伐採していて、その枝が落ち彼を傷害した場合、被害者はトレスパスの訴を提起し得る」といふ、ブライアン判事は「人が事を為すときは、他人に不利益や損害を与えないようにしなければならない。あたかも私が家屋の建築中に木材の一片が隣家に落ちこれを毀損したならば、建築が適法であり、木材が私の意に反して(*me invito*)落下したとしても隣人は私に対して訴を提起し得るであらう。同じく他人が私に暴行を加えんとしたとき、余儀なく自衛のためにふり上げた私のステッキが私の背後の人を傷けた場合もそうである。自衛のためステッキを振上げたことが適法であり、傷害が私の意に反したものであっても結論は同じである。本件はこれと異なる」と述べ、リトルトン判事は、「もし貴下の家畜が私の土地へ来て草を喰ったとき、貴下が直ちにその家畜を連れ去ったとしても、事の多少にかゝわらず家畜のしたところを償わなければならない。……もし被告が適法に原告の土地に入り茨を取去ることが出来るものなら、同じ理由で、それが大木の場合は車馬を持つてすることが出来るであらう。これはリーズンに反する。なぜなら、そこには小麦などが生育しているからである。本件においても同じである。法は事の大小にかゝわらず同様である」と述べている。

この傾向は中世の不法行為法に支配的であるばかりでなく、近世に入っても温存された。十八世紀にもこの理論に従った判例がみられるのである(15)。十九世紀の後半に至るまでこの傾向は明瞭であったので学者(16)により、人の

怨嗟という大きな要素を含む「過失」(fault)を除外しては責任を論ずることができないという不法行為理論を定立する努力がなされたわけである(17)。

- (9) Prosser, p. 26.
- (7) Pollock, p. 262; Harper, *The Law of Torts* (1956) (以下 Harper という) p. 747.
- (8) Y. B. 7 Eds. IV, f. 2 pl. 2.
- (6) Weaver v. Hanbury (1616) Hob. 134 (lunacy is no defence).
- (10) Prosser, p. 315; Holmes, op. cit. p. 3.
- (11) 「意に反し偶然に射的で人を殺害した場合も、彼は不法侵害者とされる」((1506) Y. B. 21, Hen. VII, 27, pl. 5.)。
- (12) (1319) Y. B. 12 Edw. II, 381.
- (13) Lambert v. Bessey, (1681) T. Ray, 421.
- (14) (1466) Y. B. 6 Ed. IV, 7 pl. 18.
- (15) Harper, p. 747 n. 1.
- (16) Holmes, op. cit. p. 15.
- (17) Prosser, p. 15.

三 中世—結果責任の緩和— このように民事責任においては、損害賠償責任が厳格に解されたのは、不法行為自体もその客体も外形的に明瞭に認識されるものに限られていたからであると思われる。しかし、すでに行為自体に対する評価、すなわち行為者の道徳的非難性という意識が潜在的に存在したものであるならば、当然その萌芽は法の上にもみられなければならないものであろう。それはたとえば行為の近接性、不可抗力、正当防衛にみられるところだ

ある。これらにおいては、それぞれ行為者側の事情を考慮し、厳格な結果責任の理論を例外的に緩和する傾向がみられる(18)。たとえば「発砲して、誤って原告を傷害した場合は、被告は事故が避け難いものであった——あたかも他人が被告の手をとって原告を殴打せしめたというように完全に無過失であることが判断できる程に——ことを証明しない限り責任を負わなければならないとされる(19)。すなわちこゝでは不可抗力という抗弁をもって厳格な結果責任が緩和されんとしている。また、行為の結果に対する近接性が、形式的なそれではなく論理的なものであるとされる(20)点なども行為を倫理的に評価したものといふ得る。かようにしてたとえ不法行為に関する他の総ての要件が満足されたとしても、被告の行為と結果との間に原告自身の行為とか他の自然力が影響して、論理的に、結果に対して被告の行為が第一次的原因力を与えているものでない場合、被告は免責されるといふ理論の展開が示される(21)。そしてその因果関係の有無の判断は、形而上学的なものでなくて、妥当なコモン・センスを標準とするものでなければならぬ、すなわち通常人が予見可能か否かを標準とする(22)、という具合に進展すれば、通常人ならばしないであろうことをしたり、通常人ならばしたであろうことをしなかったという、過失責任の理論に進むのである。徐々にはあるがこうして過失責任主義が支配的となる(23)。

(18) 有泉 前掲 二三頁。

(19) *Weaver v. Ward* (1616) Hob. 134.

なお、註(13)の事件でコーク判事は、「被告は茨を自分の土地に保つためにでき得るあらゆる手段を尽したと主張しなればならない」と述べている。

(20) Aが点火した爆竹を群集の中へ投下したところBの前に落ち、Bが驚いてそれを投げ捨てたが、それがまたCの前に落下

し、同じようにして最後にDのところで爆発してDが眼を痛めた場合、結果に対する第一原因的な行為 (causa causans) はAの行為である (Scott v. Shepherd (1773) 2 W. Bl. 892.)。

- (21) In jure non remota causa, sed proxima, spectatur. (In law, the proximate and not the remote cause is to be looked to.) 物語を物語をみる。

- (22) Winfield, pp. 74-5; Holmes, op. cit. pp. 108-10.

- (23) Winfield, p. 75; Prosser, p. 119; Vicent v. Stinehour 7 Vt. 62 (1835) — 発砲による傷害事件—では被告は有責とされた。

四 近世—過失責任主義— 一方において、トレスパスの訴を考えてみるに、これは被告の行為が直接原告の身体または財産に向けられた場合でなければ成立しなかった。そこで、このように侵害が直接的でない場合の間隙を埋めるために利用されたのがケースの訴 (action upon the case) であった。ケースの訴は既に中世の初期において認められていたのであるが⁽²⁴⁾、盛に利用されるようになったのは比較的近来になってからである。当初両者を区別するのに行為と結果との因果関係に着眼された。たとえば公道に向って投げられた材木に直接あたって傷をした者はトレスパスの訴を提起できるが、道路上におかれたその材木につまずいて傷を受けた場合に利用する訴訟形式はケースの訴であるとされた⁽²⁵⁾。そこでは被告の行為の不法性や故意よりはむしろ、行為の近接性が考慮されたようであるが⁽²⁶⁾、両者の相違は、トレスパスが元来半刑事的性格を有する不法行為に端初を發しているのであり、それ自体不法行為であって実害の発生を要件としないのに対し、ケースの訴は純粹に損害の賠償を中心的使命としたため、その要件として実害の発生が求められた点にある⁽²⁷⁾。かくて発生した実害と行為との因果関係を探究するうちに裁判所は、

「通常の注意深い人の予見ということを契機に大部分の場合に於いて過怠が責任の基礎であることがわかり、過怠の責任に慣れて来た」(28)。こうしてケースの訴が故意でなく単に過失でしかも間接の行為による侵害にまで拡張されるに至り(29)、不法行為における過失責任の原則の展開をみるのであるが(30)、トレスパスの訴においては比較的近来まで厳格な責任を認める理論が支配的であった。たとえばアメリカにおいては、無過失で発砲して他人を傷けた場合(31)に有責とされた例が上げられる(32)。しかしマサチューセッツでは、犬の喧嘩に割り入るために振り上げたステッキが背後の人を傷けた事件で、悪意あるいは過失がないとして免責されてより(33)、多くの場合過失責任の理論が認められ過失の举证責任は原告にありとされるようになった(34)。

(24) Statute in *Consimili Casu*, 1285 (13 Edw. I, c. 24). *同* *案* *に* *依* *り* *て* *命* *状* *に* *な* *つ* *た*。

(25) *Reynolds v. Clark* (1725) 1 *Strange* 634; *Leam v. Bray* (1802) 3 *East* 593. *Prusser*, p. 27.

(26) もっともケースの訴が最初にみとめられたのは運送人、宿屋の主人、医者などのように特別の注意とか熟練を要する者の義務違反としてのみ(35) (Winfield p.476)。

(27) *Shipman, Common Law Pleading* p.211.

かくて、トレスパスから派生した暴行 (assault and battery) の訴においては、損害のあったことの証明は不要とされる(36)に對し、過失・詐欺 (negligence, deceit) においては損害発生(37)の証明を要するとされるのである。

(28) 有泉 前掲 三四頁。

(29) *Williams v. Holland*, (1833) 10 *Bing*. 112, (Eng.); *Blin v. Campbell*, 14 *Johns*, N. Y. 432 (1817); *Schuer v. Veeder* 7 *Blackf*, Ind., 3421 (1845); *Clafin v. Wilcox*, 18 *Vt*. 605 (1846).

(30) 「十九世紀に入って……社会構造は一変することゝなった。人の権利が抵觸しあうのが日常事であり、特に機械文明の急速な發展をみた時代となつては、従來のごとき粗笨なる過失法——それは運送人や旅店主が客の物を盗まれた責任を典型とするものであつた——をもつては、到底満足されるものではなかつた。十九世紀から二十世紀にかけてみられる過失法に關する判例の豐饒性は、そのことを明快に物語っている。……こゝで解決しなければならぬのは、これらの数多の判例によつて、過失が質的な變化をとげたのではないかという問題である。……この點に關する解決は決して容易ではない。判例の主流は獨立不法行為としての過失の認識の方向へ進んできたものとしたい。そのような過失概念の變質過程こそ英國過失法が近代化し、鐵道その他の文明の利器の發展に伴つて生ずる社会の摩擦を調整しえた原因なのではあるまいか。」
(伊藤正己 前掲八六頁)。

(31) *Wincent v. Stinehour*, 7 Vt. 62 (1835); *Wright v. Clark* 50 Vt. 130 (1877).

(32) *Brown v. Kendall*, 6 Cush 292 (1850).

(33) *Proser*, p. 118.

五 近世——過失責任主義の修正—— 過失責任の原則は、こうして実体法上の原則となるに至つたわけであるが、この原則は、産業革命によつて確固たる地位を築いた新興ブルジョアジーの思想的支柱である自由平等を法理的に裏付けするものであつた。すなわち、結果責任主義の行われるところでは、個人の自由な活動は極めて制限されるが、過失さえなければ責任を負うことはないということ、換言すれば、通常人の払うべき注意を払つて行動しておれば、たままその行為によつて他人に損害を与えても責任を負うことがないというのであれば、これは契約自由、營業自由など個人の活動の自由を側面的に助長することになるのである。したがつてまた、法の前における平等な人を想定する

近代市民法社会が、その生活内容の複雑化に伴って新たに社会的矛盾——経済的不均衡にもとづく従属関係——に逢着して、法が平均的人間像からより具体的な人に注目を移すとき、自ら不法行為における過失責任の理論も何等かの修正をうけなければならない。こゝに厳格責任 (strict liability) の理論が登場するのである³⁴⁾。たとえば危険性ある企業の責任、企業の対内責任などがそれである。これは現象的には過失責任主義以前の結果責任主義と同様の結果になるが、過失責任主義の修正として展開される厳格責任主義の理論は、中世的な結果責任主義の理論とその基底を一にするものではない⁽³⁵⁾。厳格責任は一種の無過失責任であり、古く失火責任及び動物によるトレスパスの責任の原理が影響を及ぼしたものと いわれるが、その責任が明に認められるようになったのは十九世紀も後半に至ってからである⁽³⁶⁾。有名な *Rylands v. Fletcher* ⁽³⁷⁾ において財務室裁判所のブラックバーン判事は、「法の真の精神は次の如きであると考ええる。すなわち人が自分の土地へ、自身の目的のために、もしそれが自分の土地を超えて溢出した場合には危険を生ずるであろうと思われるようなものを持ち来ったり、集積したり、保持したりした場合は、それを自分の責任で保持しなければならない。もしそうしない場合は、彼はそのものが溢出したことによって通常生ずる損害について一応 (prima facie) 有責である」と述べている。これがいわゆる *Rylands v. Fletcher* の法則である。事實は、被告が請負人に依頼して自分の土地に貯水池を作ったところ、その土地には廃坑となった堅坑があって、それが原告の鉱区に接続していたため、貯水池の水が原告の鉱区へ流入したのである。堅鉱は土砂で埋もれていたため、それが原告の鉱区に接続していることに何人も気づかなかつたのである。請負人には過失があつたとしても、被告に過失はなかつたので、一審(ケースの訴としてリバプールの巡回裁判)では原告が敗訴したが、二審(財

務室裁判所）及び貴族院では原告が勝訴した。要するに危険物によって隣人を危険にさらす者は、それから生ずる損害に対し保険者として隣人の責任を負わなければならないというのであり、この判例を契機としてその後多くの事件にこの理論が適用された（38）。

使用者責任についても同様の傾向がみられる（39）。元來被用者と使用者が身分的に結合していた時代には、被用者の行為は使用者の行為なりとして、使用者の責任は嚴格に解されていたのであるが、使用者被用者の身分的結合が弱くなり、一方責任を生じるのは人の行為であるという原則が認められてくると、漸次それは緩和され、被用者の行為につき、使用者の命令または同意があるときには使用者が有責とされるという理論が打ち立てられた（40）。

こうして、中世以降緩和される傾向に向った使用者の責任は、十八世紀から十九世紀にかけて企業規模の増大につれて、再び嚴格に解されるようになった（41）。被用者の不法行為によって他人が侵害された場合に、被用者を信頼した使用者が責任を負うのは妥当であるというのである（42）。しかし、その理論だけは多彩であり、使用者の保証に、あるいはその授權に、あるいは不注意な被用者を雇った不注意に、または被用者の行為は被用者の行為であるという擬制に、あるいはまた使用者の利益に、その根拠を求めんとしている。しかし大体の傾向は、使用者の命令、同意が、使用者の黙示の命令、同意におきかえられ、さらに黙示の命令（implied command）は雇傭の範囲（scope of employment）によりみかえられて、後には公益の見地からして、事業の執行から生ずる損害に対しては使用者がこれを被用者のために担保するという絶対的義務に基づくものとされるに至った（43）。

一方特に不法行為者の動機（motive）あるいは悪意（malice）が問題にされる不法行為があることも忘れることが

できない。古く、結果責任主義が支配しているところでは、行為者の動機あるいは悪意は殆んど問題とされなかった。しかし自己防衛などの目的による行為の正当性が認められると、それは行為の不法性に対する防禦として長く受け入れられてきたのであって、ここでは明に行為の動機という主観的要素に着眼されている。ところがそれ自体で不法行為責任の要件とされたのは、ようやく十八世紀の初めに至ってからであるという⁽⁴⁵⁾。現在悪意が重要な要件とされる不法行為の主なものには、名誉毀損 (defamation)、悪意訴追 (malicious prosecution)、契約破棄誘引 (inducement to breach a contract) などがある。

(34) Prosser, p. 315.

(35) 加藤 前掲 六頁。

(36) Winfield, p. 584.

(37) (1865) 3 H. & C. 774 (Court of Exchequer); (1866) L. R. 1 Ex. 265 (Court of Exchequer Chamber); (1868) L. R. 3 H. L. 330 (House of Lords).

この判例の背景をなすものとして、動物によるトレスパスの事件が考えられる。(Winfield, p. 615.)

(38) Pollock p. 374.

(39) 使用者の代理責任も甲使用者が無過失にもかかわらず(被用者)の不法行為の責任を負うという意味において厳格な責任の一態様とらへ得る(Prosser, p. 310)。

(40) Winfield, p. 137.

(41) 十七世紀中葉頃から商工業は急速に発達し、そのため中世における使用者責任に関する原則の再考慮が要請されたのであるが、当時の裁判官が無能であり、法と公益の絡んだ問題を処理する能力がなかったため the Revolution (1688) の後、裁判官の質が向上してからようやく取り上げられるようになった。

- (42) Holt C. J. in *Hern v. Michels* (1709) 1 Salk. 289; Pratt C. J. in *Armory v. Delanirie* (1722) 1 Stra. 505.
- (43) ウィンフィールドによれば、この理論の根拠は複雑であるが、次のようなものである。(i)使用者は通常賠償ができるが被用者はしからず。(ii)使用者は他人に対し安全と思われるように彼の事業を遂行しなければならない。(iii)被用者の行為によって使用者は利益をうける。(iv)雇傭によって被用者は「すべてのものゝ活動を開始せしめ」たのである。そして、この法則は使用者にとって堪え難いものであるけれども、彼の危険はしばしば保険によって償われるのであるという(Winfield, p. 139)。
- (44) 有泉 前掲 四四頁。
- (45) *Keeble v. Hickeringill* (1707) 11 East 574. はリーディング・ケースとされる。被告は原告の池から野鳥を追いだすために、直接池に向つてではないが発砲した。この行為は悪意によるものとして被告の不法行為責任が認められた。

第三節 不正競争法の発展

すでに各所でふれた通り、営業上の不正競争が法規律の対象として問題にされはじめたのは、経済的には近世初頭新興ブルジョアジーの勃興によって、自由競争を基底とする近代資本制経済体制が確立されてからであり、不法行為法的には古い結果責任主義から過失責任主義へと移行し、自由営業が裏面から支えられて一般的な営業競争が漸く盛になってからである。

これ以前、ギルドやクラフト・ギルドが支配的に経済生活を掌握していた頃にも、現象的には、今日の不正競争禁圧の法に類似した法律があつたが、それは近代的な意味における不正競争に対する規制たる不正競争法とは、自ら異つた根拠に立つものである。しかし法技術的には、ギルドの定めた公正競争の規則がコモン・ロー中に受け継がれ、

不正競争に対する倫理的規制として一般に適用されるようになったものである。この意味からして以下にギルド内部で行われた規定の若干について述べる。

一 ギルド経済の時代 封建領主が支配するマナーの中であって、自給自足経済が行われているところに、自由競争はなく⁽¹⁾、問題となるほどの営業上の不当な競争が発生しないことは論をまつまでもない。十三世紀に至り都市が興り発達するにもなつて、貨幣経済が一般に侵透し、商業が次第に隆盛となった。農村においても地代の金納化が進み領主農民間の身分的軟帯は薄弱となつて、資本制社会に適する階層的分化に進むわけである。

それはともかく、ギルドは厳格な内部規律を作り自ら統制を保った。やがてはその錯雑な規定が反つてその發展を阻害する方向に働き、ギルド崩壊の一因ともなつたわけであるが、その内部規定は身分的結合關係の強い組織体制や組合員の厚生、あるいは営業などに関して、かなり詳細な規律を定めていて⁽²⁾、その中には今日の不正競争法に類するものもみられる。たとえば一三六五年の鉛管工ギルドは「この営業にたずさわる者は何人も他の同業者をその営業から放逐してはならない」と定めている。一四〇八年には刀劍鍛冶ギルドに商標に関する規定がみられる。曰く「何人も他人の製作品に印されたマークを潜用することはできない。自己の製作品には自己のマークを記さなければならぬ。これに反する者は前述の罰金を課する」⁽³⁾。

(1) B. Wyman, op. cit. p. 429 n. 1. に「ナナー制及びギルド制のもとにおいて競争が自由でないとされた判例が列挙されている。

(2) たとえば、一三四六年のトローヤー (trower) ギルドの規約中に次のような項目がある。

「一たまたま、上述の職業に属している者の一人が老年になつたかあるいは労働不能になつたために、貧窮におちいつた場合には、もし彼が評判のよい人間なら、生計を維持するために、毎週七ペンスが与えられる。

「二そして、いかなる外来者も、もし彼が徒弟でなく、上述の市の選挙権を与えられた者でもないならば、上述の職業に従事することは許されない。

「三そして、何人も他人の雇人を、その修業期間中に親方の許可をえないで自分と一緒に働かせることはできない。もし上述の職業に属する者が自分の家で仕事をしていて、これを自分で完成することができない場合には、上述の職業に属する他の人々は彼の仕事のためにならないように、彼を助けねばならない。

「四もし雇人が親方にたいして、不都合な態度をとつたり、反抗的にふるまつたりするならば、彼が市長 (Mayor) と助役 (Alderman) に謝罪するまでは、上述の職業に属する何人も彼を仕事につかせてはならない。

「五さらにまた、同じ職業に属する善良な人々は、一年に一度、二人の人間を、その一年間の労働と職業に関するすべての事項の監督者として選びださねばならない。選ばれた人々は、市長と助役の前に出て、誠意をもつて研究し調査することと、上述の職業に関して発見する欠点を、友情や憎しみのために何一つ見逃すことなく、忠実に市長と助役とに申述べることを誓わねばならない。」「さらにまた、不正にごまかして作られた皮革はすべて没収される。

「六さらにまた、上述の職業のなかで徒弟でなかつた者と徒弟期間をおえなかつた者は、何人もおなじ職業のなかで一人前にふるまふことはできない」(レオ・ヒューバーマン (小林・雪山) 前掲 上 八一頁)。

(3) Jones, op. cit. p. 368.

ギルドはこのような内部規定を自主的に定め、その運営の全般に亘る自律的な規制のもとに活動し、その独占する営業を保守することにとめた。したがって、内部規定に反する行為に対する審理や制裁⁽⁴⁾は、ギルド自身の手で行われたので、それらの事件が実際に裁判所に持ち出されることは殆んどなかったようである⁽⁵⁾。この傾向は都市が組合の内的規定に対し干渉の手を延ばすようになってから⁽⁶⁾もそれ程かわるものではなかった。さらに、ヘンリ

一七世の時代に制定された法律⁽⁷⁾は、ギルドに対する国家的干渉を定めたが、この場合もギルドの規定に対する都市の介入と同じく、ギルドの規定の内容が公益に反する場合にその規定を承認しないという間接的な統制が行われたのみで、ギルドはその内容的矛盾によって徐々に崩壊の方向へ向いつゝあったとはいえ、運営はなお自律的活動に委ねられていたものであり、その階級的利益の確保のために専念した⁽⁸⁾。

十五世紀初頭から台頭し始めたマーチャント・アドヴェンチャラーズも組合を結成して営業を独占したが、これも独自の内部規定を設け、販賣中の競争相手を侵害したり、競争者の商品を誹謗するような不正な競争行為を取締った。たとえば一六六九年に定められた一例⁽⁹⁾をひけば、「この組合に属する者はその他何人も他の組合員あるいはその使用人と対談している顧客を、言語その他の方法で自分の店へ招き入れることはできない。……販賣に關し、他人の商品を誹謗することなく、顧客の選択に委せなければならない。……これに反するものは第一回は二十シリング、第二回は四十シリング、第三回は五ポンドの罰金とする」⁽¹⁰⁾との規定がある。これらもその意圖するところは、絶対王制時代の重商主義政策によって、王権の保護をうけた特権的独占階級の利益の擁護にあったのであって、その頃漸く勢を得はじめた一般的營業自由から生じる不正競争という弊害に對し倫理的規制を試みたものではなかった。

法廷に表れたものでは、*Southern v. How* ⁽¹¹⁾ において言及されているエリザベス一世治世の二十二年（一五八〇年）の事件では、自分の商標を他の商人により劣等な衣類に濫用された場合に、彼は訴を提起し得ると判示されたというが、この事件は裁判所が商標に對する *passing off* ⁽¹²⁾ を認めた最初のケースであるとされる。また一六世紀の末期に「權利誹毀」(*slander of title*) が認められた。しかし前者においては、せいぜいギルド内部の不正な營業競

争に対する自主的規定の確認の域を出るものではなく、後者にあつても、たとえば他人の土地を売らんとした者が、その土地の所有権について第三者が口頭によって誹謗したために、その譲渡が妨げられたというような場合に、それを通常の口頭による名誉毀損 (slander) の形式と同じ形で把握したものに過ぎないのであつて¹³、これらの萌芽的な判例が一般的な営業競争の場合に適用されるようになったのは、自由平等を思想的支柱とする新興市民階級の勃興にともなつて、国王の特権附与による営業独占に反対する氣運が醸成され、一六二四年の特権附与法 (Act of Monopolies) によつて法的にも一般的な営業自由の確立への裏付けがなされてからである。現象的な端初は前述の通りギルドの内部規定の中にみられたとはいへ、それが法理的にも近代的不正競争法の母体であるとみることが困難であり、また裁判所に提起された事件に対しても裁判所は、主として公衆を保護するために不当な競争を制限せんとしたのであつて、必ずしも競業者の利益を考慮したものではなかつた。このことは、ギルドの内部規定に対し国家が検閲の権限を行使する場合に、公衆の利益を考慮の基礎としたことから首肯し得るのであつて、ギルド内部における不正な競争は多く自律的に解決され、ギルドの構成員相互の利益が護られていたため、事件が法廷に持ち出されることが少なく、競業者の利益の保護という觀念が熟す機会が少かつたことにもよるのではあるまいか。

(4) 違反者に対しては主として罰金が課せられた (ibid)。

(5) Lipson, *Introduction to the Economic History of England*, (1915) pp. 309-310.

(6) 一四三七年に於てのギルドの規定は、治安判事あるいは市当局に提出されなければならないと定められた (ibid, p. 37 n. 46)。

(7) (1503) 19 Hen. VII, c. 7.

- (8) Jones, op. cit. p. 370.
- (9) Merchant Adventures of Newcastle-upon-Tyne.
- (10) Schechter, Historical Foundations of the Law Relating to Trade-Marks.
- (11) (1618) Pop. 144.
- (12) passing off (詐称通用) については各論で詳述するが、自己の商品や営業を他人の商品または営業のようにみせかけ販売におく行為で、不正競争の典型的なものである。
- (13) Cerrard v. Dickenson. (1688) Cr. Eliz. 196; Penyman v. Rabanks (1596) Cr. Eliz. 427.

二 近代的不正競争法の発展 一般的営業自由の体制が次第に整えられるに及び、一般的な営業競争を前提とする近代的不正競争法も次第に判例によって発展せしめられたのであるが、ようやく営業独占の弊害から脱けて当初は、裁判所は営業自由の助長という点に考慮を払い、不当な営業競争を制限することは営業競争一般を制限することに通じるものであって、不当な競争に対して禁圧を加えることによって営業独占の方向へ逆行することを恐れ、競争者の訴権を認めることに積極的な態度を示さなかった、換言すれば、自由競争によって公衆のうける利益の方が、競争によって打ち敗れた相手の受ける損失よりも大きいが故に、競争がいかに熾烈となりこの競争の敗者がこうむる損害がいかに大きくとも、営業競争自体は不法行為となるものではないが⁽¹⁴⁾ passing off は、それによって公衆の誤信を生ぜしめるが故に差止命令に服すべきものであるとされた。たとえば *Blanchard v. Hill* ⁽¹⁵⁾ では、原告はチャールス一世から *Cardmakers' Company* に附与された特許状によって蒙古のスタンプを有し、それが彼の専用にすると考えていたところ、同じマークを被告が使用したので差止命令を訴求した。Lord Hardwick はこれを棄却して、

「それぞれ特色ある商人は、夫々特色あるマークやスタンプを所有しているが、私は一商人が他の商人と同じマークを使用することに対し差止命令がなされた例を知らぬ。故にこゝで差止命令を発することは困乱を生ぜしめる結果になるものと考える」と述べ、*Southern v. How* (16) で引用された事件で織物業者が、自分のマークを使用した同業者に対して提起した訴が受理された事件に言及し、「訴が成立するためには、単にそのマークを使用したという要件だけでは足りない。詐欺的なデザインを用い、この手段によって悪質の布地をつかませるために、あるいは他の織物業者から顧客を奪うためにマークを潜用したことが必要である」と述べている。こうして右の原則は、商標に関する *passing off* の事件を対象として、最初に衡平法裁判所によって表明されたのである (17)。

こうして、衡平法裁判所は公衆保護の見地からまず *passing off* を問題とするにつき、行為者が詐欺の意思を有したか否かに拘らず、これを禁圧してきた (18) ところが、普通法裁判所ではこの事件を一般公衆に対する詐欺の意思を必要とする損害賠償の事件として取扱った (19)。この両者の態度の相違は一八七五年に両裁判所が統合するまで続いたが (20)、その後は普通法上も詐欺の意思を必要としないとされるに至った。

十九世紀における産業の発展はめざましく、営業規模も拡大し、不正競争の觀念に対しても大きな影響を与えた。営業全体の有する価値が認識されるようになったことがそれで、不正競争の場合にもこの觀念が導入され、不正競争によって侵害される利益もこの価値であると考えられるに至った。前述の事件 (21) で Lord Cottenham は商標権は財産権に類するものであると述べているが、これより以前 Lord Eldon は *Hoff v. Kirby* (22) の事件においてこの点に触れている。すなわち、この場合差止命令は自分の営業を他人の築き上げた老舗の営業として示すことを防

止するのが目的であるとした。営業規模が拡大するにつれて営業財産たる「暖簾」(good will)の觀念が次第に定立され⁽²²⁾、暖簾に対する侵害として不正競争が把握されるに至り、商標の passing off を禁圧することから発した不正競争法は、公衆を保護すると共に、侵害された競争者を保護する法として近代的な面目を具え発展してきたのである。比較的初期の判決⁽²³⁾に例をとれば、原告であるロンドン交通公社がその乗合バスに他と識別できる方法で塗粧しその乗務員に制服を着せていたところ、被告が類似の方法で塗粧したバスを走らせ類似の制服を着た乗務員を勤務させた事件では差止命令が発せられた。この事件においては商標の passing off による公衆に対する詐欺という点のみに着眼したものでないことは明らかで、「被告は偽装によって原告の正当な利益を奪うことはできない」⁽²⁴⁾という点に重点がおかれている。

この發展過程は、競争者の保護をもって核心とする大陸法、殊にフランスの不正競争に関する法理が影響を与えたものと思われる⁽²⁵⁾。したがって、その法理的構成もまず、何人も適法に「営業競争をする権利」(right to compete)を有する⁽²⁶⁾という点に着眼された。すなわち競争は営業の生命であり、競争行為はこの権利のたんなる実行として正当化されるのである⁽²⁷⁾。しかしこの権利は同じく他人も有するという関係で制約をうける。したがって競争行為は不法な手段を用いて行うことはできない。それはあたかも競技に一定の規則があって、その規則を守ってこそ始めてフェアなプレイが行われるのであると同様に、法もこの営業競争に対して、「兵士として闘わなければならないのであって」、「自由な長槍をもったゲリラとして闘うことは許さない」という規制を与える⁽²⁸⁾。適法な手段による営業競争において、相手方に壊滅的な打撃を与えても不法行為とはならないのである⁽²⁹⁾。この点に関するリーディング

グ・ケースとされる *Mogul S. S. Co. v. McGregor, Gow & Co.* は、支那茶輸送の同航營業の二会社間に係属したものであるが、被告が運賃を大巾に割引することによって原告の業務が減少しても、被告の行為は單に自分の營業を助長せんとしたのみで、そのため何等不法な手段を用いてはいないという理由で原告が敗訴した。

營業競爭の激化につれて、競爭手段も複雑となり、それにともなつて、コモン・ロー上不正競爭として禁圧される行為の範圍も拡張した。これらの行為については後に詳述するが、それらが營業競爭における不法な行為と目される核心は、競爭相手の「暖簾」あるいは營業上の期待に対する財産權の侵害という点にある⁽³⁰⁾。しかし、それと同時に不正競爭行為は公衆に対する侵害という要素を含むものであり、不正競爭を禁圧する法が一方において不正競爭から競爭者を保護すると共に、他方において公衆の利益を保護するものであることも見逃すことはできない⁽³¹⁾。

- (14) Winfield, p. 733.
- (15) 2 Atk. 484 (1742).
- (16) 註(11)参照。
- (17) King's Bench の判例である *Singleton v. Baton*, (1788) 3 Douglas 293 及び *Lord Mansfield* は「もし被告が自分の藥を原告の名稱あるいはマークのもとに販売した場合に訴を提起し得る詐欺である」と述べている (Nims, p. 17)。
- (18) *Lord Cottenham L. C. in Milington v. Fox* (1833) 3 My. & Cr. 338.
- (19) Winfield, p. 739.
- (20) *Ibid.* p. 741.
- (21) (1803) 8 Vessey Jr. 215.
- (22) 「当初から(論者は *Knott v. Morgan* が不正競爭に関する殆んど最初の事件であるとしている——引用者)衡平法の管

特權は全く「暖簾」にもとずいていたものであり、この理念から、原告を救済するためには少くとも被告に対して、原告の權利を示さなければならぬという基本的な原則が生じた。裁判所は、法的救済が不適當であつたり、不確実であつたり、また生ずべき損害に対して不充分であるときには、財産權を保護するという考慮に基いて進んできた。詐欺から公衆を保護することは度々侵害に対する訴の基礎とされてきたが、現在ではこの理論にもとずいて衡平法は管轄權を有するものでないことが確定している」(O. R. Michel, *Unfair Competition*, 10 Harv. L. R. p. 28)。

(23) *Knott v. Morgan* (1836) 2 Keen 213.

(24) *Per Lord Langdale, M. R.*

(25) 有馬 前掲 一二二頁。

(26) *Prosser*, p. 750.

(27) *Wyman op. cit.* p. 433.

(28) *Hammond J.*, in *Martell v. White*, 185 Mass. 255 (1904).

(29) 競争行為が自分の真正の利益を追求するものでない場合に関しアメリカの場合はイギリスと法を異にするが、それについては後述する。

(30) *Wyman, op. cit.* p. 435, et. seq.

(31) *Nims*, p. 43.

三 アメリカ アメリカにおいて不正競争法は、商標の *passing off* を禁ずるところから出発した。營業が局地的に制限されていた頃は、需要者は他人の營業や商品に対する知識を有し、それに従つて商品選択も可能であり、商標使用の必要は感じられなかった。しかし交通の発達による取引規模の拡大によつて、商標は顧客に対する生産証明の重要な媒介者となった。それにともなつて当然商標を盗用する行為が発生し、十八世紀の末葉頃には商標保護に関する

る処置も講じられた⁽³²⁾。しかし商標権侵害の事件として最初に裁判所で問題にされたのは一八三七年であるという⁽³³⁾。二十世紀に至るまでに提訴された事件は極めて数少いが、この間州裁判所は、詐欺又は財産権侵害に関するコモン・ロー上の原則を適用して、商標の所有者を保護し、詐欺的手段に依り競業者の商品とまぎらしい商標を不正に使用する行為を禁圧せんとしたこれらの事件において、商標が保護されるためには厳格な要件が必要とされた。したがって通商の拡大につれて、コモン・ロー上の保護を享受し得ない営業者が増加するに及び、一八九〇年以来商標保護に関する一連の制定法が成立をみるに至ったのである⁽³⁴⁾。

しかし制定法によって保護される商標は、一定の要件を具え且つ登録されなければならないという制限をうけた。そのうえに、裁判所は企業の独占化を惧れて、要件を完備しない商標の排他的使用の容認については極めて消極的であつたため、氏名・レッテル・色彩・デザイン・容器・包装などを模倣して自己の商品を他の優良な商品であると詐称する行為で制定法による禁圧の対象とならないものがみられた。これらの行為に用いられた標章などに、たとえ排他的な性質が認められないとしても、それを盗用して自分の商品を *passing off* することは購買大衆を欺罔するものであるが故に、法はこの行為を看過することなく、これらの行為はコモン・ロー上不法行為として禁圧されたのである⁽³⁵⁾。

その基底をなす原則は、何人も自分の商品を競争者のそれとして詐欺的に販売することはできないというにある⁽³⁶⁾。すなわち裁判所は、このような事件において、或る者が他の営業者の商品を模倣することによりその営業及び「暖簾」を侵害し、公衆を欺罔するような詐欺を用いるときはこれを差止めなければならないというのである⁽³⁷⁾。こ

の理論のうちには、公衆の擁護と共に被害者の救済という法の意図が明瞭に看取できる。

こうして当初は、限られた範囲の商標の保護という観点から発した法は、営業上の取引規模の拡大にともなつて次第にその適用範囲を拡げ、一定の要件を具備しない商標の passing off にも及び、更に商標のみに限らずひろく、いわゆる passing off と呼ばれる行為を規制するに至り⁽³⁸⁾、母体たる商標保護に関する法はその一部として包含された⁽³⁹⁾。裁判所は、暫くは不正競争を passing off のみに限って考慮してきたのであるが、不当な競争に対して公衆を保護し、わけてもその行為によって損害を受ける営業者を保護するために暖簾の觀念を明確に認識し⁽⁴⁰⁾、passing off 以外の行為についても不正競争の概念を拡張してこれを禁止するようになった。結局法は、不法な手段を用いることなく行われる営業競争はこれを助長するが⁽⁴¹⁾、「人の才能が考案し得る限り数多く」⁽⁴²⁾の不当な営業競争は不正競争として禁圧する方向へと発展し、従来の不法行為の態様に含まれない行為も不正競争として禁圧されるに至った。それらの中にはたとえば、契約破棄への誘引⁽⁴³⁾ 競争者の雇人の誘惑⁽⁴⁴⁾ 営業上の秘密の窃取⁽⁴⁵⁾ あるいは特許権侵害訴訟を提起することの威嚇⁽⁴⁶⁾ などがある。

なおアメリカでは、イギリスと異り、営業競争が競争者の真正の利益の獲得にむけられたものでなく、専ら相手に損害を与える目的でなされたときには正当性がみとめられない⁽⁴⁷⁾、Tuttle v. Buck⁽⁴⁸⁾ では、被告は大きな財産を持ち、銀行業を営んでいたが、同じ村で十年程前から理髪業を営んでいた被告に怨恨をいだき、その村から原告を追い出す目的で、原告の隣へ理髪店を開き、採算を無視した値段で営業をしたため原告が損害を蒙ったのであるが、被告の行為は不法行為であるとされた⁽⁴⁸⁾。

- (32) たとえば、マサチエセッツの裁判所は、一七八九年綿花工場設立に際し、これに指示して、全商品に小さな鉛の札をつけ、その札の上に会社の封印を押捺せしめ、若し類似の小札をつけている他の商品があればこれを没収し、その商品の価格の三倍を罰金として課すると定めた。(Act of February 3d. 1789, 5 Mass. PRIVATE AND SPECIAL STATS. (1805) 226) また一八〇一年にトマス・シエンアスン国務長官は、商標権保護を希望する事業者の請願に関する下院の照会に対し、地方裁判所における商標の登録を認め、商標を盗用する者を処罰する連邦法を定むべきであると報告している。(10 AMERICAN STATE PAPERS (1832) 48. — Jones, op. cit. p. 372)。
- (33) Thompson v. Winchester, 19 Pick. 214 (Mass. 1837).
- (34) 16 Stat. 198.
19. Stat. 141.
21 Stat. 502.
33 Stat. 728 (1905) U. S. Comp. Stat. (1916) #9485.
34 Stat. 72 168 incorporated into (1906) U. S. Comp. Stat. (1916) #9485.
35 Stat. 627, incorporated into (1906) U. S. Comp. Stat. (1916) #9487. しかし、前掲法の事件によらずに登録せられた商標の保護は事いロヤン・ローとせらる。
- (35) Jones, op. cit. p. 373.
- (36) McLean v. Fleming, 96 U. S. 245 (1877).
- (37) Lawrence Mfg. Co. v. Tennessee Mfg. Co., 138 U. S. 537, (1891).
- (38) R. Callmann, The Law of Unfair Competition and Trade-Marks (1950) (以下 Callman といふに用いる) p. 70.
- (39) Elgin National Watch Co. v. Illinois Watch Case Co., 179 U. S. 665, 678 (1901).
- (40) Callmann, p. 79.
- (41) Prosser, p. 750.

- (42) Manitowoc Maling Co. v. Milwaukee Maling Co., 119 Wis 543 (1903).
- (43) Rice v. Manley, 66 NY 82 (1876); Sperry & Hutchinson Co. v. Pommer, 199 F. 309 (1912).
- (44) Walker v. Cronin, 187 Mass. 555 (1871); Employing Printer's Club v. Blosser Co., 122 Ga. 509 (1950).
- (45) Eastman Kodak Co. v. Reichenbach, 79 Hun 183 (1894).
- (46) Emack v. Kane, 34 F. 47 (C. C. N. D. Ill. 1888); Dittgen v. Racine Paper Goods Co., 164 F. 85 (C. C. E. D. Wis 1908).
- (47) 107 Hinm. 145 (1909).
- (48) Boggs v. Duncan-Schell Furniture Co., 163 Iowa 106 (1913); Memphis Steam Laundry-Cleaners v. Lindsey, 192 Miss. 224 (1941). などにならば同じである。

ところが、もともとコモン・ロー上は不正競争を、従来コモン・ロー上において認められてきた不法行為あるいはその派生的態様において把握してきたので、コモン・ローでは不正競争とされない行為で公衆を害する行為もあり、その上、アメリカにおいて遂げられた資本制経済の極度の発達にともなう生じた問題に、大企業による企業独占があった⁽⁴⁹⁾。そのため一連の制定法による公法的規制がなされ、法は公益的見地からその取締にのぞんだ。これらの点については本論から除外するのであるが、なかでも連邦取引委員会法⁽⁵⁰⁾は重要で、その第五条に「不正な競争方法」というひろい観念を導入し⁽⁵¹⁾、公益的観点のみからする連邦取引委員会の命令によって行為の停止がなし得るようになった⁽⁵²⁾。こうして多くの行為が「不正な競争方法」として禁止されたのである⁽⁵³⁾。

制定法においてなされた不正競争の概念の拡張は、理論的にはコモン・ローとは無関係になされたものであるが、その適用に当って当初は、従来のコモン・ローの観念の支配をうけた。しかしそれもやがて独自の立場によって概括

的な把握が試みられた。そのことはいきおい逆にコモン・ローにおける不正競争の觀念にも影響し、もともと一般の不法行為あるいはその派生として認識されてきた不正競争も、徐々に統一的に把握される方向に向っているものと思われる。

(49) Jones, op. cit. p. 376.

(50) 連邦取引委員会法に *ibid* p. 378.

(51) 一九三八年「ホイーラー・リー法」(Wheeler-Lea Act of 1938) によつて、連邦取引委員会法第五条に「不正または偽瞞的な行為または慣行」なる文句を追加した。

(52) こうして禁圧されるに至つた行為の中にはすでにコモン・ロー上も不正競争とされた行為もあったが、その場合も個々の營業者の損害とは關係なく委員會の命令によつてその行為を取締り得る点に意義がある。もつとも委員會の停止命令は裁判所の再審査を経なければ執行力がなかった(五条)。

(53) なお田中「米國州際通商上の不正競争」前掲一五九頁以下。喜多 前掲 一二四頁以下参照。

従來の不正競争が反倫理性の点において把握せられ、そのためこゝにおいて問題にされた反公共性は市民法的判断にもずく公序良俗違反と観念されたものであった。ところが近代的大企業の特占は、經濟的從屬關係を生ぜしめるような社会全体の不利益となるものである。このような反社会的行為を防止する法は、もはや反倫理的行為に対する規模としての不正競争を禁圧する法の分野に止るものではないであらう。それは概して大企業間或は大企業对小企業間の競争または圧迫に対する社会法的規範としての作用を發揮する。しかるときは従來の不正競争法はその主たる適用領域を非特占的な中小企業の中に求めるものであらうか。だがそれにもかゝらず、やはり不正競争禁圧の法理は、その適応性の有無はともかくとしても、大企業をも含めた營業競争に対する一般的規範として、その存在を維持するものであらう。(34・8・10—未了)